Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

vorgelegt von

Walther Braun
Referendar in Wohlau.

Breslau
Druck von Wilh. Gottl. Korn
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Fischer.**
Korreferent: Professor Dr. **Leonhard.**

Inhaltsverzeichnis.

I. Allgemeiner Teil.

			Seite
I.	Einleitung. Wirtschaftliche Gründe für die Schaffung der Höchstbetragshypothek	§ 1	5—7
II.	Geschichtliche Entwickelung der Höchstbetragshypothek, insbesondere im preußischen Recht	§ 2	8—11
III.	Die Höchstbetragshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches.		
	1. Der Vorbehalt der Feststellung der Forderung.	§ 3	11—13
	2 Feststellung und Eintragung des Höchstbetrages	§ 4	13
	3. Übertragung der Forderung	§ 5	13—15
	4. Unterschied der preußischen Kautionshypothek und der Höchstbetragshypothek.	§ 6	15—16
IV.	Das Eigentümerpfandrecht	§ 7	16—19
	1. Geschichtliche Entwickelung. a) Römisches Recht. b) Preußisches Recht. c) Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.		
	2. Die rechtliche Natur des Eigentümerpfandrechts im bürgerlichen Gesetzbuch	§ 8	19—22

II. Besonderer Teil.

Die Gestaltung des Eigentümerpfandrechts bei der Höchstbetragshypothek.			
	1. Allgemeines	§ 9	23—25
	2. Kritik „der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek“	§ 10	25—28
	3. „Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek“	§ 11	28
	4. „Theorie der hypothekarischen Anwartschaft“	§12	29
	5. Das Eigentümerpfandrecht wegen Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung (§ 1163 Abs. 1)	§ 13	29—34
	6. Die Person des Berechtigten	§ 14	34—39
	7. Die Besonderheiten des Eigentümerpfandrechts beim Kontokurrent	§ 15	40
	8. Der Einfluß der Forderungsfeststellung	§ 16	40—43
	9. Der Verzicht des Gläubigers und die peremtorischen Einreden (§§ 1168, 1169 BGB)	§ 17	43—46

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0042

I. Teil.

Wirtschaftliche Gründe für die Schaffung der Höchstbetragshypothek.

§ 1.

Das Immobiliarpfandrecht in seinen verschiedenen Gestalten (Grundschuld, Verkehrs- und Sicherungshypothek), welches dem Verkehrsbedürfnis dient, Ansprüchen im Wege des Immobiliarrealkredits eine Sicherung zu geben, hat in seiner regelmäßigen Gestalt Geldansprüche im Auge, deren Betrag bereits feststeht. (§§ 1113[1], 1184, 1191 B. G. B.) Der Rechtsverkehr erfordert aber auch, daß die Befriedigung aus einem Grundstücke auf Grund einer vorausgegangenen Immobiliarverpfändung für solche Forderungen ermöglicht wird, welche nach Entstehung und Betrag noch ungewiß sind und daher augenblicklich eine nähere Feststellung nicht erlauben.

Bei der Schaffung einer rechtlichen Vorschrift[1]), die dieser wirtschaftlichen Forderung gerecht wird, waren verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Infolge der erhöhten Bedeutung, welche der Realkredit vor dem Personalkredit gewonnen hat, kann die Belastung des Grund und Bodens nicht immer mit dem Wachsen des Grundstückwertes Schritt halten. Die Folge hiervon ist die nicht seltene Überlastung der Grundstücke.

Da ferner dem modernen Hypothekenrecht das Eintragungsprinzip zugrunde liegt, wonach der Rang einer Hypothek durch den Zeitpunkt der Eintragung bestimmt wird, so muß es selbstverständlich das Bestreben des seine Forderung

[1]) Vgl. Motive III, S. 619, und Cohn, Die Kautionshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches Diss. Leipzig 1902, S. 1—4.

sichernden Gläubigers sein, seiner Hypothek eine möglichst vorteilhafte Stellung zu verschaffen, d. h. sie zu einer Zeit eintragen zu lassen, wo das betreffende Grundstück noch garnicht oder doch möglichst wenig belastet ist.

Die gewöhnliche Verkehrshypothek[2]) war deshalb nicht am Platze, weil durch ihre Eintragung der Eigentümer bedingungslos zur Zahlung einer bestimmten Summe aus dem Grundstück verpflichtet werden würde, obwohl das zugrunde liegende Rechtsverhältnis es ungewiß läßt, ob und wieviel er zu zahlen hat. Außerdem werden die Parteien bei den hier in Betracht kommenden Fällen in der Hypothek meistens nicht — wenigstens nicht in erster Linie — einen leicht veräußerlichen Verkehrsgegenstand schaffen wollen, sondern nur ein Sicherungsmittel für die Tilgung der sich eventuell ergebenden Forderungen. Man denke z. B. an die Fälle, in denen ein Beamter die aus seiner Amtsführung oder ein Vormund die aus seiner Vermögensverwaltung etwa erwachsenden Forderungen dinglich sichern soll.

Wollte man nun bei einem solchen Rechtsverhältnis die Eintragung einer Hypothek erst von dem Vorhandensein eines entstandenen Anspruchs abhängig machen, so würde bei dem großen Zwischenraum, der zwischen diesen beiden Zeitpunkten liegen kann, die Hypothekenbestellung oft wertlos sein, weil das betreffende Grundstück dann schon so belastet ist, daß die Zwangsvollstreckung zu keiner Befriedigung führen würde.

Nun wäre es ja denkbar gewesen, dem Bedürfnis nach Sicherstellung künftiger oder unbestimmter Forderungen durch Verwertung des Instituts der Vormerkung zu entsprechen. „Allein[3]) dadurch würde, wie die Motive sagen, das Gesetz den Begriff der Vormerkung als einer vorläufigen Einschreibung zum Schutze illiquider, aber als existent vorausgesetzter Rechte aufgeben."

Endlich könnte auch der Eigentümer die Hypothek oder vielmehr Grundschuld auf seinen Namen eintragen lassen

[2]) Vgl. Entw. eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich 3. Buch Sachenrecht Bd. III, Vorl. des Redaktors, § 422 S. 1783.

[3]) A. a. O. S. 1513.

und sich auf diese Weise ein Wertobjekt schaffen, durch dessen Verpfändung sich jede beliebige Forderung sicherstellen ließe. „Das[4]) Verständnis für die Eigentümerhypothek ist indessen, wie wiederum die Motive sagen, zur Zeit noch nicht so weit verbreitet, daß die Gesetzgebung es hätte wagen dürfen, die Beteiligten auf diese Form zu verweisen, wenn es sich darum handelt, Realsicherheit für eine künftige oder ungewisse Forderung zu leisten."

Allen diesen Umständen hat man durch Schaffung der sogenannten Höchstbetragshypothek Rechnung getragen, „bei der nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird." (§ 1190 B. G. B.). Durch sie wird also dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, ohne Rücksicht auf das Entstehen oder die Höhe seines Anspruchs hypothekarische Sicherheit zu erlangen.

Diese gesetzliche Vorschrift findet außer bei den beiden oben genannten Fällen noch Anwendung bei allen Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnissen, vor allem aber bei den Kredit- und Kontokurrentverhältnissen, bei denen die gegenseitigen Ansprüche erst am Ende einer Rechnungsperiode festgestellt werden. Desgleichen bei der hypothekarischen Sicherung einer auf ausländisches Geld gehenden Forderung, da nur durch die Höchstbetragshypothek die Unbestimmtheit der hypothekarischen Belastung ,welche durch die Wertschwankungen, denen die ausländische Valuta auf dem deutschen Markte unterworfen ist, beseitigt wird. Ein weiteres Anwendungsgebiet für die Höchstbetragshypothek ist der Fall, daß Schuldsummen in dem Kurswechsel unterworfenen Wertpapieren zurückgezahlt werden sollen, oder daß Zinsen rückständig gebliebener Beiträge zu den Verwaltungskosten und von rückständigen Amortisationsquoten, Provisionen, welche aus dem Grundstück jedesmal im Falle seiner Veräußerung zu entrichten sind, Konventionalstrafen, denen der Grundstückseigentümer bei unpünktlicher Zinszahlung verfällt, dinglich gesichert werden.[5])

---

[4]) A. a. O. S. 1513.

[5]) Vergl. Perls in Iherings Jahrbüchern 45. S. 216, S. 225 ff. und S. 239 ff.

§ 2.

Der in der Höchstbetragshypothek zum Ausdruck gelangte Gedanke, ein Pfand für eine zukünftige Forderung zu bestellen, ist sehr alt. Zweifellos ist, daß schon das römische Recht diese Möglichkeit kannte[6]), dagegen herrscht noch heute Streit, ob nach römischem Recht das Pfandrecht schon von seiner Bestellung oder erst von der Entstehung der Forderung an zu datieren ist. Mit der Bejahung der ersten Frage würde man mit D. 20. 4. 1 pr. „Frieden[7]) und Hilfe für die armen Kredithypotheken haben, welche schon solange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen." In Dig. 20. 4. 1. pr. ist folgender Fall behandelt: A hat dem B versprochen, seiner Frau eine Mitgift zu geben und zwar in Form der dos recepticia. B hat dem A für die eventl. Rückerstattung der dos ein Pfand bestellt. A zahlt nun die versprochene Summe in zwei Raten, die erste bald, die zweite später. Bevor die letztere gezahlt ist, verpfändet B die schon dem A verpfändeten Sachen einem Dritten. Bei der Entscheidung des Streites nach der Priorität des Pfandrechts des A oder des C kommt es auf die Beantwortung der Frage an, ob das Pfandrecht des A schon mit dem Augenblicke entstanden ist, in welchem B dem A die betreffende Sache verpfändet hat, oder erst in dem Augenblick, in welchem A die zweite Rate der Mitgift gezahlt hat. Wenn die Absicht des B dahin ging, sich durch die Verpfändung sogleich zu binden — und dies muß meines Erachtens nach dem lateinischen Texte angenommen werden: pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit — so besteht auch mit diesem Augenblick das Pfandrecht des A. Es besteht kein Zweifel, daß diejenige Willenserklärung, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem äußerlichen Umstande, bei Verleihung eines dinglichen Rechts dinglich bindet. Es ist daher nicht einzusehen,

[6]) D. 20, 1, 5: res hypothecae.... et futurae obligationis nomine dari possunt.

Vgl. Windscheid I, § 242 Anm. 8, S. 1232.

[7]) Windscheid a. a. O.

warum nicht diejenige Willenserklärung in gleichem Maße bindende Kraft haben soll, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem innerlichen, d. h. „aus[8]) dem Begriff des hervorzubringenden Rechtsverhältnisses sich von selbst als notwendig ergebenden Umstande (einer conditio iuris)."[9])

In den modernen Gesetzgebungen ist diese Frage durch die Einführung der Hypotheken- und Grundbücher und die Annahme des Eintragungsprinzipes unzweideutig gelöstworden. So läßt einerseits das A. L. R. die Sicherung künftiger Forderungen durch Pfand und Hypothek zu (I, 20, § 14) und bestimmt andererseits I, 20, § 411: „Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hypothekenrecht selbst erworben." Dadurch war entschieden, daß auch Hypotheken für künftige Forderungen schon von ihrer Eintragung an datierten.

Der eben erwähnte § 14 A.L.R. I, 20: „Soweit wegen künftiger Ansprüche Kaution gefordert und geleistet werden kann, soweit können dingliche Ansprüche auch durch Pfand oder Hypothek sicher gestellt werden," ist der Ursprung der sogenannten preußischen „Kautionshypothek," die in § 24 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes[10]) vom 5. V. 1872 ihre gesetzliche Regelung gefunden hatte. Die Kautionshypothek unterschied sich jedoch dadurch von der im A.L.R. I, 20, § 14 zugelassenen Hypothek, daß bei ihr die Eintragung des Höchstbetrags erfordert war, bis zu welchem das Grundstück haften sollte[11]), damit nur Forderungen von

---

[8]) Vergl. Windscheid I. S. 1232, Anm. 8.

[9]) Vergl. hierzu Dernburg. Pfandrecht, 1860, I, § 69 f.; Buchka, Die Hypothek des Eigentümers nach den neuesten deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältnis zum r. R. 1875. S. 61 f.

[10]) Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872; abgedruckt in Grotefend, Gesetzgebungsmaterial Bd. III S. 389u. 392.

[11]) Diese Bestimmung findet sich auch in den Kodifikationen der verschiedenen Landesrechte, z. B. Bayern, Hyp.-Ges. § 19; Sachsen B.G.B. § 389; Altenburg H.O. § 50; Reuß ältere Linie H. O. 51; Reuß jüngere Linie H. O. § 49; Mecklenburg rev. Stadtbuch-O. § 13 Nr. 2; Rudolstadt H. O. § 12; Meiningen E.G. Art. 11; Osterreich Gr.B.O. § 14.

bestimmtem[12]) Betrage eingetragen werden können, während im A.L.R. diese Hypothek zu unbestimmtem Betrage eingetragen werden konnte. Somit hatte im E.E.G. das Spezialitätsprinzip auch für die Kautionshypothek gesetzliche Anerkennung gefunden. Ferner bestimmte § 67 E.E.G.: „Die Vorschriften der §§ 63 bis 66 — dies sind die Vorschriften über die Eigentümerhypothek — finden auf die Kautionshypothek keine Anwendung," und schließlich mußte nach § 122 der Grundbuchordnung von 1872[13]) ein Hypothekenbrief ausgefertigt werden, auf den allerdings verzichtet werden konnte. Jedoch ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei der Kautionshypothek bestritten.[14])

Die Höchstbetragshypothek des B.G.B.

Die gesetzlichen Bestimmungen des preußischen Rechts sind für die Regelung der Höchstbetragshypothek des B.G.B (§ 1190) vorbildlich gewesen, die wir in etwas anderer Fassung jedoch mit dem gleichen Inhalt schon in § 1129 der 1. Lesung eines B.G.B. finden.[15]) Das B.G.B. behandelt die Höchstbetragshypothek nicht als eine selbständige Hypothekenart, sondern als eine Unterart der Sicherungshypothek, was im § 1190 Abs. 3 mit den Worten ausgesprochen ist: „Die Hypo-

---

[12]) Die Motive zum E.E.G. begründen diese Neuerung damit, daß die Spezialität bis dahin noch nicht genug geleistet habe, „weil das bestehende Recht noch die Eintragung von Forderungen mit unbestimmtem Betrage zugelassen habe."

Werner, die preuß. Grundbuch-Hypothekengesetze vom 5. Mai 1872 nebst Materialien (1872) Teil II S. 10; vergl. auch Perls in Iherings Jahrbüchern, Bd. 45 S. 213.

[13]) Grotefend, Bd. III, S. 401.

[14]) Dafür: z. B. Fischer, Lehrbuch des deutsch. Privatrechts, S. 253. Dagegen: z. B. Dernburg, Lehrb. d. preuß. Privatrechts I, S. 739 und zwar infolge „der Verwandtschaft" der Kautionshypothek mit der Vormerkung, über welche Briefe nicht ausgestellt werden.

[15]) Jedoch besteht in der rechtl. Natur der Höchstbetragshypothek d. Entw. I und des B.G.B. insofern ein Unterschied, als im Entw. I die Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht auf die Sicherungshypothek und mithin auch auf die Höchstbetragshypothek keine Anwendung fanden (§ 1128 Entw. I) vgl. oben S. 33.

thek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist." Sie gehört also zu den sogenannten „notwendigen[16]) Sicherungshypotheken" und unterliegt somit den im Gesetz über diese gegebenen Vorschriften, soweit sich nicht aus § 1190 und iher rechtlichen Natur ein anderes ergibt. Es kommen daher sowohl die §§ 1184 bis 1186, als auch die §§ 1113 bis 1183 mit den in § 1185 genannten Ausnahmen zur Anwendung.

§ 3.

Zum Begriff der Höchstbetragshypothek gehört nach § 1190 einmal: der Vorbehalt der Feststellung der Forderung und zweitens: die Bestimmung des Höchstbetrages, bis zu dem das Grundstück haften soll, verbunden mit seiner Eintragung ins Grundbuch.

Nach dem I. Entwurf § 1129 konnte nur die Feststellung des Betrages der Forderung vorbehalten werden. Das B.G.B. hat diese Bestimmung nicht aufgenommen, vielmehr ganz allgemein die „Feststellung der Forderung" vorbehalten. Die Protokolle[17]) geben über den Grund der Änderung keinen Aufschluß. „Augenscheinlich hat man," wie das Kammergericht[18]) sagt, „die Grenze der Unbestimmtheit der Forderung dem 1. Entwurf gegenüber weiterziehen wollen. Eine Höchstbetragshypothek kann nicht nur für die aus einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten entstandenen oder noch entstehenden, ihrem Betrage nach zur Zeit unbestimmten Forderungen, sondern auch für jegliche Ansprüche bestellt werden, die irgend wann und aus irgend welchem Grunde dem Gläubiger gegen den Schuldner erwachsen möchten, sodaß innerhalb des eingetragen Höchstbetrages der Gläubiger jede Forderung gegen den Schuldner geltend machen kann." Da ferner die Anwendung des § 1115 B.G.B. auf die Höchstbetragshypothek nirgends ausgeschlossen ist, so ergibt sich aus dem eben Gesagten, daß, wenn der Begründungsvertrag bezw. die Eintragungsbewilligung eine Forderung gar nicht

[16]) Dernburg, Das Bürgerl. Recht, Bd. III, S. 703.

[17]) Prot. d. Kommission für die 2. Lesung eines B.G.B., Bd. III, S. 688 f.

[18]) Jahrb. d. Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 23, S. A 239.

bezeichnet, sondern alle etwaigen Ansprüche des Gläubigers im Rahmen der Haftsumme umfaßt, der § 1115 Abs. 1, S. 2 — im übrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden — außer Betracht bleibt.[19]) Haben aber die Beteiligten ausdrücklich den Kreis der in die Haftsumme fallenden Forderungen beschränkt, d. h. die Höchstbetragshypothek nur zur Befriedigung der aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse entstehenden Ansprüche bestellt, so ist das Rechtsverhältnis zum mindesten durch den Hinweis auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch einzutragen.[20])

Ebenso wie § 1115 kann auch §1180 bei der Höchstbetragshypothek Anwendung finden, „eine[21]) Vorschrift, die auf das Recht der Kautionshypothek angewendet, die Bedeutung hat, daß an Stelle des Schuldverhältnisses, auf Grund dessen die Höchstbetragshypothek bestellt ist, ein anderes Schuldverhältnis gesetzt werden kann." Desgleichen ist die in dem eben zitierten Urteil ausgesprochene Ansicht des Kammergerichts, daß die Höchstbetragshypothek auch nachträglich Sicherheit für die Forderung einer Person gewähren könne, für welche sie nicht bestellt sei, richtig.[22]) Eccius[23]) hält diese Entscheidung für unrichtig, weil sie dem Sinne des § 1190 widerspräche. Denn da eine gewöhnliche Hypothek mit einem unbestimmten Berechtigten undenkbar sei, weil nach § 1115 die Eintragung „des Gläubigers", d. h. eines bestimmten Gläubigers, erfordert werde, die Höchstbetragshypothek aber unter den allgemeinen, aus dem Wesen der Hypothek entspringenden Normen stehe, so müsse auch bei ihr die nachträgliche Eintragung eines zweiten Gläubigers abgelehnt werden. Dieser Grund ist meines Erachtens deshalb nicht stichhaltig, weil es trotz sukzessiver Berechtigung zweier Gläubiger derselben

[19]) A. M. Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 619.

[20]) Vgl. Fischer-Henle, S. 667; Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht I, S. 760.

[21]) Beschluß des K.G. v. 17. VI. 01 (abgedruckt im Zentralblatt, 2. Jahrgang, S. 391), vgl. außerdem Jahrb. d. Entsch. d. K.G., Bd. 22, S. A. 160; Entsch. in Angelegenheit der freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. II, S. 187 f.

[22]) Vgl. Fischer-Henle, S. 667, Anm. 1 zu § 1190.

[23]) Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 62 f.

Hypothek an einem bestimmten Berechtigten nicht fehlt. Denn § 1115 schließt weder die Eintragung mehrerer gleichberechtigter, noch nach einander berechtigter Gläubiger[24]) aus, sofern sich nur aus der Eintragung das Rangverhältnis ergibt.

§ 4.

Das zweite „Begriffselement"[25]) der Höchstbetragshypothek ist die Bestimmung und Eintragung des Höchstbetrages. Diese Vorschrift ist deshalb nötig, weil im entgegengesetzten Falle die Höchstbetragshypothek im Widerspruch mit dem sogenannten Spezialitätsprinzip stehen würde, „nach[26]) welchem das Grundbuch im Interesse der Rechtssicherheit darüber Auskunft geben muß, bis zu welchem Betrage das Grundstück kraft des hypothekarischen Rechtes in Anspruch genommen werden kann."

Damit[27]) aber die Bestimmung und Eintragung des Höchstbetrages ihren Zweck vollkommen erreichen, darf diese sich nicht nur auf das Kapital beschränken und daneben das Grundstück noch für die Zinsen haften lassen, sondern muß das später festzustellende Kapital und die eventuell von ihm zu zahlenden Zinsen mit umfassen (§ 1190 Abs. 2). Dagegen werden die gesetzlichen Kosten und Zinsen nicht[28]) eingerechnet, weil nach § 1118 das Grundstück für diese ohne weiteres haftet.

§ 5.

Der Abs. 4 des § 1190 gibt eine Sondervorschrift für die Übertragung der durch die Hypothek gesicherten Forderungen.

[24]) Vgl. Jahrb. d. Entsch. d. K.G. 20, S.A. 101 f.; Entsch. in Angelegenheit der freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. VI, S. 151; Fischer-Henle, S. 628 zu § 1115 Anm. 2; Schmitz, Die Höchstbetragshypothek des B.G.B., Diss. Leipzig 1907, S. 25.

[25]) Mot. III, S. 767.

[26]) Mot. III, S. 26.

[27]) Vgl. a. a. O. S. 767.

[28]) Vgl. Fischer-Henle, S. 667 Anm. 3 zu § 1190 und Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entw. eines B.G.B. 1. Lesung, Bd. VI, S. 5378. A. M. bezügl. d. gesetzl. Zinsen Staudinger III, S. 281 Anm. 3a und Cosack II. § 228, 4. b. S. 221.

Bei der Buchhypothek geht gemäß §1153 B.G.B. „die Hypothek mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger über. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden." Ferner finden nach § 1154 Abs. 3, falls die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist — was bei der Höchstbetragshypothek kraft Gesetzes zutrifft (§ 1185) — bei der Abtretung der Forderung die §§ 873, 878 entsprechende Anwendung, d. h. die Übertragung der Forderung ist nur durch Einigung des Zedenten mit dem Zessionar und durch Eintragung der Zession möglich. Diese Bestimmungen für die Höchstbetragshypothek ausnahmslos zuzulassen, läge kein Bedenken vor, wenn die Übertragung einer Forderung nur erfolgen könnte, nachdem die vorbehaltene Feststellung durch Vertrag oder durch Urteil stattgefunden hat. Da jedoch auch die Übertragung einer einzelnen Forderung aus dem durch die Hypothek gesicherten Verhältnisse während der Dauer desselben statthaft ist, so würde, wie die Motive sagen, „die[29]) unbeschränkte Anwendung jener Paragraphen für diesen Fall nicht angemessen sein, weil sie zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlußguthaben führen, hierdurch aber mit der Absicht der Beteiligten bei der Begründung der Hypothek nicht selten in Widerspruch treten müßte." Das Gesetz bestimmt deshalb in Abs. 4 des § 1190: „Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen." Allerdings werden durch diese allgemeine Fassung beide eben erwähnten Fälle getroffen. Allein man[30]) nahm an, daß sich hierdurch besondere praktische Übelstände nicht ergeben werden.

Der Satz 1 Abs. 4 ist, wie sich schon aus der Fassung ergibt, lediglich dispositiver Natur. Es kann daher die Übertragung einer Forderung bei der Höchstbetragshypothek auch nach Liegenschaftsrecht erfolgen, und in diesem Falle geht die Hypothek in entsprechender Höhe auf den Erwerber über.

[29]) Mot. III, S. 768.

[30]) Vgl. Mot. III, S. 768.

Der Zedent behält dann nur den Rest der Höchstbetragshypothek zur Sicherung der ihm verbleibenden oder noch zu seinen Gunsten entstehenden Forderungen. Wird dagegen eine Forderung nach Forderungsrecht abgetreten, so genügt grundsätzlich der bloße formlose, abstrakte Vertrag (§ 398). In diesem Falle ist aber der Übergang der Hypothek ausgeschlossen, da der Satz 2 Abs. 4 zwingendes Recht ist. Es verbleibt also die Höchstbetragshypothek in voller Höhe, ungeschmälert bei dem Zedenten.

§ 6.

Nach dem eben Gesagten unterscheidet sich die Höchstbetragshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches von der preußischen Kautionshypothek in mehreren wesentlichen Punkten: Bei beiden finden wir die Vorschrift, daß der höchste Betrag, bis zu welchem das Grundstück haften soll, in das Grundbuch eingetragen werden muß. Die preußische Kautionshypothek hatte aber insofern ein beschränkteres Anwendungsgebiet, als sie nur zulässig war, wenn die Größe des Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch ungewiß war. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Bestimmung nicht aufgenommen, sondern es spricht nur von dem Vorbehalt der Feststellung der Forderung. Hierdurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Forderung unter den Parteien ihrem Betrage nach schon feststehen kann. Vielmehr kommt es heute nur auf den Willen der Beteiligten an, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten wird.[31])

Die preußische Kautionshypothek war ferner eine bedingte Hypothek und zwar „bedingt[32]) dadurch, daß für den Gläubiger Forderungen aus dem durch die Kaution gesicherten Geschäftskreise entstanden. Sie war nicht eine unbedingte Hypothek für bedingte oder künftige Forderungen, sondern das Hypothekenrecht selbst hing vom Bestehen von Forderungen ab. Soweit Forderungen nicht entstanden oder entstandene Forderungen getilgt wurden, erlosch diese Hypo-

[31]) Vgl. Prot. d. Kommission zur Ausarbeitung des Entw. eines B.G.B. I. Les., Bd. VI, S. 5377.

[32]) Entsch. d. R.G. in Zivilsachen, Bd. 49, S. 164; vgl. auch Bd. 52, S. 61.

thek," da sie sich nach § 67 E.E.G. zu diesem Betrage nicht in eine Eigentümerhypothek verwandeln konnte.

Im Gegensatz zu ihr ist die Höchstbetragshypothek des B.G.B. eine unbedingte Hypothek. Sie belastet sogleich mit ihrer Eintragung das Grundstück in voller Höhe und wird auch nicht durch die Feststellung des Betrages der Forderung eine gewöhnliche Hypothek. „Sie[33]) bleibt was sie war: eine Sicherungshypothek," d. h. sie ist durchaus abhängig von der ihr zugrunde liegenden Forderung (§ 1185 Abs. 2). Es gilt also bei ihr hinsichtlich der Forderung vor allem nicht das Prinzip des öffentlichen Glauben des Grundbuchs, sodaß der seine Hypothek geltend machende Gläubiger das Vorhandensein der Forderung beweisen muß. Bei der Höchstbetragshypothek ist infolge des Vorbehalts der Feststellung lediglich nicht jederzeit ersichtlich, wem sie zusteht. Denn da die Bestimmung des B.G.B. über die Eigentümerhypothek nicht zu denjenigen gehören, welche durch § 1185 Abs. 2 von der Anwendung auf die Höchstbetragshypothek ausgeschlossen sind, so steht die Hypothek, soweit Forderungen nicht vorhanden sind, dem Eigentümer als Grundschuld zu (§§ 1163, Abs. 1, 1177 Abs. 1 B.G.B.). Die Beantwortung der Frage nach der Gestaltung des Eigentümerpfandrechts bei der Höchstbetragshypothek bildet den Gegenstand dieser Arbeit. Bevor wir jedoch des Näheren auf sie eingehen können, bedarf das Eigentümerpfandrecht im allgemeinen einer kurzen Erörterung.

Das Eigentümerpfandrecht.

§ 7.

Schon die Römer[34]) kannten, darüber besteht heute kein Zweifel mehr, trotz des in den Quellen aufgestellten Satzes: neque[35]) pignus... rei suae consistere potest, ein Pfandrecht

[33]) Entsch. d. R.G., Bd. 49, S. 165.

[34]) Vgl. Windscheid I, § 248, S. 1249 f.; Bruck, Die Eigentümerhypothek, S. 6—14 und 73—96; Ganz, Die Eigentümerhypothek des B.G.B., Diss. 1903, Freiburg i. B., S. 7—9.

[35]) D. 50, 17, 45.

an der eigenen Sache. Und zwar sind in den im Corpus iuris sich hierfür findenden Belegstellen drei Fälle behandelt:

1. Der vorgehende Pfandgläubiger erwirbt das Eigentum an der ihm verpfändeten Sache (D. 44. 2. 30. 1. D. 36. 1. 61 pr. Cod. 8, 19. 1);

2. Der Eigentümer erhält ein vorstehendes Pfandrecht, indem er den Gläubiger, der sein Recht geltend macht, befriedigt (D. 20. 4. 19), und

3. Ein Dritter erlangt Eigentum und vorgehendes Eigentum zu gleicher Zeit. (Cod. 8. 18. 3, D. 20. 4. 17, D. 20. 5. 3. 1.).

Die Wissenschaft ist jedoch heute auch darüber einig, daß diese Fälle nur als Ausnahme von dem oben aufgestellten Grundsatz zu gelten haben, und daß sie ihre Entstehung lediglich dem Bedürfnisse verdanken, dem Eigentümer Schutz gegen nachstehende Gläubiger zu verschaffen. (D. 20. 4. 17... eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.) Das römische Eigentümerpfandrecht „wirkt[36]) also lediglich defensiv, abwehrend gegen die Angriffe nachstehender Realberechtigter." Eine weitere Ausbildung hat dieses Institut im römischen Recht nicht gefunden.

Das A.L.R. stand hinsichtlich der Natur des Pfandrechts vollständig auf römischem Boden. Es enthielt daher keine Bestimmungen über das Eigentümerpfandrecht. Die preußische Eigentümerhypothek wurde erst durch den Anhangsparagraphen 52 zu § 484 I. 16 geschaffen: „Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentümers mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in eine Person aufgehoben, solange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöstes Hypothekenrecht giltig an einen anderen abtreten." Da es jedoch bald streitig wurde, ob dieser Paragraph auch dann zur Anwendung kommen könne, wenn der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks eine eingetragene Forderung getilgt hat, so erging hierüber die Deklaration vom 3. April 1824.[37]) In ihr wurde bestimmt, „daß der Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine auf

[36]) Bruck, S. 12.

[37]) Grotefend, Gesetzgebungsmaterial, Bd. I, S. 339.

dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt und die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Zession oder nur eine Quittung erteilt worden ist, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre."

Auf diesen beiden Vorschriften weiterbauend hat das E.E.G. von 1872 Vorschriften über die Eigentümerhypothek in seinen §§ 63 bis 66 geschaffen. Diese weisen gegenüber den früheren Gesetzen insofern einen bedeutenden Fortschritt auf, als der Eigentümer auf seinen Namen Hypotheken eintragen lassen darf. Da man jedoch es auch hier vermieden hat, sich über die juristische Konstruktion dieser Einrichtung auszusprechen, so wurde der in der Wissenschaft über diese Frage entbrannte Streit[38]) nicht beendet. Das Obertribunal hatte sich in dem Plenarbeschluß vom 27. Mai 1839[39]) für die Auffassung entschieden, daß in den Fällen der Eigentümerhypothek nicht nur die Hypothek, sondern trotz Tilgung auch das ihr zugrunde liegende Forderungsrecht erhalten bleibt und mit der Hypothek auf den Eigentümer übergeht. Trotzdem diese Theorie auf heftigen Widerstand stieß, ist sie in der Rechtsprechung auch weiterhin die herrschende geblieben[40]) und kehrt in den Entscheidungen des Reichsgerichts[41]) für das preußische Recht wieder.

Der I. Entwurf folgte bei der Regelung des Hypothekenrechts in Ansehung des Eigentümerpfandrechts durchweg dem preußischen Recht. Es sollte also nur ausnahmsweise die Hypothek beim Erlöschen der Forderung zur Eigentümerhypothek werden, nämlich wenn der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, oder wenn sich Forderung und Verbindlichkeit in der Person des Eigentümers vereinigen. Aber selbst die An-

[38]) Vgl. Rernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts I, § 337, S. 748; Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts, Bd. III, § 200, S. 482 f.

[39]) Entsch. d. Kgl. Geh. Obertribunals, Bd. V, S. 56.

[40]) Entsch. d. Kgl. Geh. Obertribunals, Bd. XII, S. 66.

[41]) Entsch. d. R.G., Bd. III, S. 266 f.

wendbarkeit dieser Vorschriften war bei der Sicherungshypothek ausgeschlossen (§ 1128).

§ 8.

Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hat dagegen das Eigentümerpfandrecht in den weitesten Grenzen zugelassen, und zwar ist es ihm in zwei Gestalten bekannt, nämlich als Eigentümerhypothek und als Eigentümergrundschuld, die sich darin unterscheiden, daß bei der Eigentümerhypothek dem Eigentümer, welcher nicht persönlicher Schuldner ist, die Forderung gegen einen Dritten zusteht, während bei der Eigentümergrundschuld eine Forderung nicht vorhanden ist. Dernburg[42]) bezeichnet die erstere als forderungsbekleidete, die letztere als forderungsentkleidete Eigentümerhypothek. Jedoch ist die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach nicht ein von der Grundschuld verschiedenes Rechtsverhältnis, sondern sie steht ihr vollständig gleich.[43])

Die grundlegenden Vorschriften über die Eigentümerhypothek sind im B.G.B. in den §§ 1163 Abs. 1, 1168 Abs. 1 gegeben. Im ersten Paragraphen wird bestimmt, daß die Hypothek, falls die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zusteht, und daß ferner der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn die Forderung erlischt. Nach § 1168 erwirbt der Eigentümer die Hypothek, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet.

Eine Definition des Eigentümerpfandrechts gibt das Gesetz nicht, sondern überläßt, wie die Protokolle[44]) der Kommission für die zweite Lesung sagen, seine Konstruktion der Wissenschaft. Infolgedessen hat sich in der Literatur ein heftiger Streit über die Rechtsnatur der Eigentümerhypothek entsponnen, in dessen Verlauf sich zwei Hauptgruppen gebildet haben. Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß die Eigentümerhypothek eine wahre Hypothek sei, die anderen verneinen dies.

[42]) Dernburg, Das Bürgerl. R., Bd. III, S. 647.

[43]) Vgl. Prot. d. Kommission für die 2. Lesung, Bd. III, S. 732.

[44]) Bd. III, S. 600.

So erblicken z. B. einige Anhänger der letzteren Ansicht in der Eigentümerhypothek nichts anderes als reines Eigentum.

Goldschmidt[45]) z. B. ist der Meinung, daß dem Pfandrecht notwendig und überall eine resolutiv- oder suspensivbedingte Veräußerung zugrunde liege. Der Inhalt der Bedingung sei dort die Befriedigung des Gläubigers, hier die ausbleibende Tilgung der Schuld. Das verpfändete Vermögensobjekt sei unter der Suspensivbedingung der nicht pünktlichen Zahlung zu einem unbestimmten ideellen Teile veräußert, dessen Größe sich aus dem Verhältnis der durch das Pfand gesicherten Forderung zu dem Erlöse ergebe. Da nun der Eigentümer sich einen ideellen Teil seines Grundstücks von vornherein oder durch spätere Abfindung bedingungslos erhalten könne, so „sei[46]) die Eigentümerhypothek nichts als ein von der Verpfändung ausgeschlossener Eigentumsanteil, nichts als Eigentum."

Auch Oberneck[47]) bekämpft die Auffassung, daß die Eigentümerhypothek ihrer Natur nach eine wahre Hypothek sei. Er behauptet, daß das im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannte System „des festen Ranges" — oder wie es gewöhnlich genannt wird, „der festen Priorität" — ohne weiteres zu der Theorie der Wertteile oder der sogenannten Wertparzellentheorie führe und kommt zu folgender Definition: „Die[48]) Eigentümerhypothek ist das Recht des Eigentümers auf den in der Form einer Grundkreditbelastung verselbständigten, durch eine bestimmte Geldsumme bezeichneten Wert oder Wertteil seines Grundstücks, soweit er noch nicht oder nicht mehr dem eingetragenen Dritten oder einem sonstigen Berechtigten zusteht." Eine auf Einzelheiten eingehende Widerlegung dieser scharfsinnigen Konstruktion Obernecks ist hier nicht geboten. Nur mag darauf hingewiesen werden, daß schon in den Motiven[49]) das Institut der festen Prioritäten

[45]) Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigentümers, S. 11, 13, 32 ff.

[46]) Goldschmidt, a. a. O. S. 37.

[47]) Oberneck, Das Reichsgrundbuch I, S. 649.

[48]) Oberneck, a. a. O. S. 652.

[49]) Bd. III, S. 737.

verworfen worden ist, weil durch dieses „ganz unnötigerweise das Hypothekenrecht mit einem neuen Begriff, die Geschäftsbehandlung beim Hypothekenbuche mit einer neuen Manipulation belastet wird, der leere locus überdies ein Nichts ist, über welches zu disponieren unmöglich erscheint." Gegen die Wertparzellentheorie ist ebenfalls in den Motiven[50]) eingewendet, daß der eigentliche Gegenstand der Hypothek das Grundstück, nicht dessen Wert bezw. ein durch die Stelle im Grundbuch bestimmter Wertteil ist.

Eine ähnliche Theorie wie Oberneck hat Bruck aufgestellt. Nach ihm[51]) „ist die Eigentümerhypothek — Grundschuld — oder Rentenschuld die Zurückgewinnung eines ideellen Werteils des Grundstücks, das gehaftet hatte;" „sie[52]) ist nichts weiter als das von einer Belastung befreite Eigentum." Dies zeigt sich seiner Meinung nach am deutlichsten, wenn man annimmt, daß auf dem Grundstück nur eine Hypothek ruht, die zur Eigentümerhypothek wird; denn in diesem Falle erlangt der Eigentümer wieder das unumschränkte Eigentum und vereinigt nicht etwa in seine Person die Rolle des Eigentümers und die des Hypothekengläubigers und Schuldners.

Gegen die Richtigkeit dieser drei, in dem Eigentumpfandrecht nichts weiter wie Eigentum erblickenden Ansichten spricht einmal[53]) die Liquidationsbefugnis des Eigentümers in der Zwangsvollstreckung und ferner der Fall des Eigentumswechsels an dem mit dem Eigentümerpfandrecht belasteten Grundstücke. Wäre die Eigentümerhypothek nichts weiter als das von einer Belastung befreite Eigentum, so müßte sie ohne weiteres auf den Erwerber übergehen. Dies trifft aber nicht zu. Vielmehr wird sie der Veräußerer wie jede andere Hypothek gemäß § 439 Abs. 2 zu beseitigen haben, falls sie nicht ausdrücklich übernommen wird.

[50]) A. a. O.

[51]) Bruck, Die Eigentümerhypothek, S. 154.

[52]) Bruck, a. a. O. S. 131.

[53]) Vgl. Entw. eines B.G.B für das Deutsche Reich, 3. Buch, Bd. III, Vorl. d. Redaktors, S. 1616.

Um zu einer dem B.G.B. entsprechenden Konstruktion des Eigentümerpfandrechts zu gelangen, braucht man meines Erachtens nur von den §§ 1163 und 1168 auszugehen. Da hier gesagt wird, daß bei Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung die Hypothek Eigentümerhypothek ist, resp. wird, so folgt daraus, daß die Hypothek nur dann dem Gläubiger zusteht, wenn ihr eine giltige Forderung zugrunde liegt. Hält man sich ferner an die von der Kommission[54]) für die zweite Lesung eines B.G.B. ausgesprochene Ansicht, daß in jeder Hypothek- oder Grundschuldbestellung zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek liegt, so kommt man zu dem Schluß, daß jede Hypothek grundsätzlich dem Eigentümer zusteht und nur dann von einem Dritten erworben wird, wenn und soweit sie mit einer diesem zustehenden Forderung verbunden ist. „Sie[55]) ist also nicht nur eine wahre Hypothek, sondern die grundlegende Hypothek" und kennzeichnet sich als die Belastung eines Grundstücks zugunsten seines Eigentümers, und nicht wie Goldschmidt, Oberneck und Bruck annehmen, als eine Entlastung des Grundstücks. Mit dieser Definition steht m. E. auch die von Planck[56]) nicht im Widerspruch, welche die Eigentümerhypothek als das Fortbestehen des auf den Eigentümer übergegangenen dinglichen Rechts bezeichnet.

[54]) Prot. 2. Lesung, Bd. IV, S. 498.

[55]) Lange, Die Eigentümerhypothek nach dem B.G.B., Diss. Tübingen 1901, S. 18.

[56]) Planck III, S. 513.

II. Teil.

Die Gestaltung des Eigentümerpfandrechts bei der Höchstbetragshypothek.

§ 9.

Diese kurze Darstellung der rechtlichen Natur des Eigentümerpfandrechts war erforderlich, um die Gestaltung des Eigentümerpfandrechts — d. h. seine Entstehung und Wirkung — bei der Höchstbetragshypothek entwickeln zu können. Die einzelnen, aus den Besonderheiten der Höchstbetragshypothek sich hierbei ergebenden Fragen sollen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechungen örtert werden. Den vor allem in Betracht kommenden Entscheidungen des Reichsgerichts[57]) und der Oberlandesgerichte liegt in vielen Fällen ein im wesentlichen gleichartiger Tatbestand zugrunde. Es handelt sich meistens um die Frage, ob vor Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses ein Eigentümerpfandrecht besteht oder nicht, und ob infolgedessen der nicht valutierte Teil der Höchstbetragshypothek dem Gläubiger oder dem Grundstückseigentümer zusteht.

Besondere Bedeutung gewinnt diese Frage beim Vermögensverfall des Grundstückseigentümers vor Beendigung des Rechtsverhältnisses. Denn hier handelt es sich darum, ob der nicht valutierte Teil der Höchstbetragshypothek zur

[57]) Entsch. d. R.G., Bd. 49, S. 163; Bd. 51, S. 115; Bd. 55, S. 223; Bd. 56, S. 323 u. Entsch. v. 14. XI. 03. (Gruchot, Bd. 48, S. 606).

Jahrb. d. Entsch. d. K.G., Bd. 27. S. A. 129; Bd. 28, S. A. 271 u. Entsch. v. 16. II. 05 (Entsch. i. Arch. d. fr. Gerichtsbk., Bd. 5, S. 270).

Rechtspr. d. O.L.G., Bd. 4, S. 74 u. 377, Bd. 5, S. 334; Bd. 14, S. 128.

Zentralbl. f. fr. G. u. Not., Bd. 3, S. 466; Annalen d. Kgl. Sächs. O.L.G. in Dresden, Bd. 23, S. 140.

Das Recht, 1901, S. 537.

Konkursmasse gehört, oder ob erst nach Beendigung des Rechtsverhältnisses und Feststellung der Forderung eine Eigentümerhypothek entsteht, die dann als Neuerwerb des Gemeinschuldners anzusehen wäre.

Die praktische Bedeutung dieser Frage tritt besonders klar bei dem Falle der Entscheidung des Reichsgerichts[58]) vom 15. VI. 1903 zutage. Ihr liegt folgender Tatbestand zugrunde: Ein Grundstückseigentümer hatte für einen Kreditverein zur Sicherung aller Ansprüche, welche diesem aus dem ihm gewährten Kredit erwachsen würden, zwei Höchstbetragshypotheken zum Gesamtbetrage von 85 000 Mark bestellt. Vor Beendigung des Rechtsverhältnisses wurde über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Konkursverfahren eröffnet. Das noch anderweitig erheblich belastete Grundstück kam zur Zwangsversteigerung. Bei der Verteilung des Erlöses kam der Kreditverein aus dem Bargebot, welches erlegt worden war, voll zur Hebung. Er berechnete aber sein Guthaben an den Gemeinschuldner nur auf 80 272,30 Mark und liquidierte auch nur diesen Betrag auf die beiden Höchstbetragshypotheken, sodaß von ihnen 4727,70 Mark frei wurden. Zwei nachstehende, bei der Zwangsversteigerung teilweise ausgefallene Hypothekengläubiger beanspruchten nun diesen Teil des Versteigerungserlöses für sich. Dem widersprach der Konkursverwalter mit der Behauptung, daß der Restbetrag des Versteigerungserlöses zur Konkursmasse gehöre.

Stellt man sich auf den Standpunkt, daß die Höchstbetragshypothek, wie jede andere Hypothek, bei ihrer Bestellung Eigentümergrundschuld ist und sich erst in dem Maße in eine Gläubigerhypothek verwandelt, in welchem Forderungen aus dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse entstehen — die Eigentümerhypothek also von Anfang an vorhanden ist — so gehört dies Eigentümerpfandrecht zur Konkursmasse. Nimmt man dagegen an, daß die Höchstbetragshypothek von Anfang an dem Gläubiger zusteht, und daß infolgedessen erst bei der definitiven Feststellung der Forderung die Eigentümerhypothek zu demjenigen Betrage entsteht, der unter dem eingetragenen Höchstbetrage ge-

[58]) Entsch. d. R.G., Bd. 55, S. 217.

blieben ist, so muß man sie folgerichtig als Neuerwerb ansehen, der nach geltendem Reichsrecht (K.O. § 464) nicht in die Konkursmasse fällt, sodaß sie dem Zugriffsrecht der ausgefallenen Gläubiger unterliegt. Im Folgenden ist daher zuerst die Frage zu entscheiden: Wann entsteht die Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek?

§ 10.

Die Anwendung der Vorschriften des B.G.B über das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek, insbesondere des § 1163, ist weder im Gesetz ausgeschlossen, noch widerspricht sie der rechtlichen Natur dieser Hypothekenart. Die preußische sie ausschließende Bestimmung ist bewußt nicht aufgenommen worden. Denn wer auf zweite oder dritte Hypothek Geld ausleiht, kann, auch wenn eine Höchstbetragshypothek vorsteht, „nicht[59]) darauf rechnen, daß diese zu seinen Gunsten abgezahlt wird oder sonstwie wegfällt," weil er sonst einen unverdienten, beim Abschluß des Geschäftes nicht in Betracht gezogenen Vorteil haben würde. Da die Erteilung eines Briefes bei der Höchstbetragshypothek jedoch gesetzlich ausgeschlossen ist (§ 1185), und somit § 1163 Abs. 2 von vornherein ausscheidet, kommen für die Entstehung der Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek zwei Fälle in Betracht, nämlich:

1. „Ist[60]) die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu," und

2. „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek."

Insoweit sind Rechtsprechung und Theorie einig. Da nun aber bei der Höchstbetragshypothek die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibt, so liegt in diesem Vorbehalt die Schwierigkeit, bei der Beantwortung der Frage, wann dem Grundstückseigentümer der nicht valutierte Teil der Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek deshalb gehört, weil eine Forderung nicht entstanden oder weil sie erloschen ist.

[59]) Prot. 2. Les., Bd. III, S. 600 u. 601.

[60]) § 1163, Abs. 1.

Wenden wir uns dem ersten Falle zu, so finden wir, daß das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 19. März 1902[61]) ausgesprochen hat, daß „die Höchstbetragshypothek nicht zunächst Eigentümerhypothek sei, sondern dies nur werden könne, und zwar erst dann, wenn es sich nach Maßgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes entschieden habe, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherung sie eingetragen sei, unter dem eingetragenen Höchstbetrage blieben." Derselben Ansicht gibt es in der Entscheidung vom 4. November 1903[62]) Ausdruck, wenn es sagt, daß die Gläubiger bis zur Feststellung der Forderung bei Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses nicht befugt gewesen seien, durch Pfändungen das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und den Hypothekengläubigern vorzeitig zu lösen und dadurch „die Eigentümerhypothek zur Entstehung zu bringen." Der gleichen Meinung sind das Kammergericht und mehrere Oberlandesgerichte. So läßt z. B. das Kammergericht in seinem Beschluß vom 6. Juni 1904[63]) die Höchstbetragshypothek auch „vor Entstehung der Forderung schon Gläubigerhypothek sein und erst dann zur Eigentümergrundschuld werden, wenn und soweit es sich entschieden hat, daß die aus dem gesicherten Rechtsverhältnis erwachsenden Forderungen unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleiben." Ähnlich sagt das O.L.G. Dresden in seinem Urteil vom 7. März 1902[64]): Die Höchstbetragshypothek wird sofort mit der Eintragung dem Gläubiger erworben und sie verbleibt ihm, bis feststeht, daß eine darauffallende Forderung nicht ins Leben tritt, daß aus dem Rechtsverhältnisse, für das die Höchstbetragshypothek bestimmt ist, sich keine Forderungen mehr entwickeln können[65]).

[61]) Entsch. d. R.G., Bd. 51, S. 117; vgl. außerdem Bd. 56, S. 323.

[62]) Gruchot, Beitr. zur Erläut. d. deutschen Rechts, Bd. 48, S. 606 f.

[63]) Jahrb. d. Entsch. d. K.G., Bd. 28, S. A. 271; vgl. außerdem Bd. 27, S. A. 129.

[64]) Rechtsprechung d. O.L.G., Bd. IV, S. 377; vgl. außerdem Bd. III, S. 198, Bd. IV, S. 74, Bd. V, S. 334, Bd. XIV, S. 128. Zentralblatt III, S. 466. Das Recht, 1901, S. 537.

[65]) Ders. Ansicht z. B. Biermann, Das Sachenrecht, § 1190, Anm. 2, S. 246, 247.

Zur Begründung dieser Ansicht, die von Ahsbahs[66]) die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek genannt wird, wird ausgeführt[67]), daß der Vorbehalt der Feststellung zum gesetzlichen Merkmal der Höchstbetragshypothek gehört. Solange und soweit daher diese Feststellung noch aussteht, liegt die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek: Nichtentstehen einer zu sichernden Forderung nicht vor.

Mit dieser Auffassung weicht das Reichsgericht von seiner bezüglich der Entstehung des Eigentümerpfandrechts bei den übrigen Hypotheken vertretenen Ansicht ab. In seinem Urteil vom 28. II. 02,[68]) ist klar ausgesprochen, daß eine Hypothek für eine künftige Forderung erst mit der Entstehung der Forderung Gläubigerhypothek wird und bis zu diesem Zeitpunkte dem Eigentümer zusteht, weil das Gesetz infolge der akzessorischen Natur der Hypothek das Recht des Gläubigers erst mit der Forderung entstehen läßt, oder mit anderen Worten, weil die Hypothek dem Eigentümer auch zusteht, wenn die Forderung des Gläubigers noch nicht besteht[69]). Eine Ausnahme von dieser Regel zugunsten des Gläubigers einer Höchstbetragshypothek ist in keiner Weise zu rechtfertigen, denn die oben wiedergegebenen Gründe des Reichsgerichts, die es dafür geltend macht, daß der nicht valutierte Teil einer Höchstbetragshypothek anders behandelt werden soll, als bei den anderen Hypotheken, sind nicht stichhaltig. Allerdings gehört der Vorbehalt der Feststellung der Forderung zum gesetzlichen Begriff der Höchstbetragshypothek. Daraus folgt aber noch nicht, daß solange und soweit ihre Feststellung noch aussteht, die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek nicht vorliegt. Denn „das[70]) Recht des Gläubigers, diese Feststellung zu verlangen, kann doch keinesfalls, wie das Reichsgericht anzunehmen scheint, die Forderung ersetzen." Vielmehr folgt hieraus nur, daß solange und soweit diese Feststellung noch aussteht, der Eigentümer über den

[66]) Iherings Jahrb., Bd. 50, S. 373.

[67]) Entsch. d. R.G., Bd. 51, S. 116.

[68]) Entsch. d. R.G., Bd. 51, S. 43 ff.

[69]) Vgl. Fischer-Henle, S. 651, § 1163, Anm. 2.

[70]) Hirsch, im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 237.

nicht valutierten Teil der Höchstbetragshypothek nicht mit dinglicher Wirkung verfügen, d. h. seine eventuelle Übertragung oder Verpfändung nicht ins Grundbuch eintragen lassen kann, weil sein Recht an diesem Teil bedingt ist, und zwar bedingt dadurch, daß nicht auch für diesen Teil noch Forderungen aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis entstehen.

Aus diesem letzten Grunde ist auch die Ansicht der O.L.G.[71]) Dresden und Celle irrig, die sich noch auf einen weiteren, wahrscheinlich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten hergeleiteten Grund stützen. Sie führen nämlich aus, daß man bei der gegenteiligen Ansicht zu dem Ergebnis gelange, der Eigentümer könne durch Abtretungen den Zweck der Höchstbetragshypothek vereiteln.

§ 11.

Es ist meines Erachtens von folgendem Gesichtspunkte auszugehen: Die Höchstbetragshypothek unterscheidet sich — abgesehen von ihrem Charakter als Sicherungshypothek — von anderen Hypotheken für künftige Forderungen nur dadurch, daß bei diesen die künftige Höhe der Forderung bestimmt ist, während bei ihr die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibt. Da nun bei der ersteren der eingetragene Gläubiger gemäß § 1163 Abs. 1 S. 1 „ein[72]) materielles Hypothekenrecht erst mit der Entstehung der Forderung erlangt," so ist ein gleiches bei der Höchstbetragshypothek anzunehmen, d. h. die Höchstbetragshypothek steht, wie jede andere Hypothek, bei ihrer Bestellung dem Eigentümer zu[73]), und verwandelt sich erst in dem Maße in eine Gläubigerhypothek, als Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse entstehen. („Theorie[74]) der ursprünglichen Eigentümerhypothek"). Dies Ergebnis entspricht um so mehr den gesetzlichen Bestimmungen über die Höchstbetragshypothek,

[71]) Rechtsprechung der O.L.G., Bd. IV, S. 377 u. S. 74.

[72]) Entsch. d. R.G., Bd. 49, S. 45.

[73]) Derselben Ansicht sind auch Staudinger III, § 1190, Anm. 2b, S. 281; Planck III, S. 715; Fuchs I, S. 621, Anm. 11; Endemann II, S. 524; Hirsch, a. a. O., S. 235 f.; Ahsbahs, a. a. O., S. 390 f.; Lange, a. a. O., S. 48.

[74]) Ahsbahs, a. a. O., S. 374.

als diese nach § 1190 Abs. 3 eine Sicherungshypothek ist, d. h. eine Hypothek, bei welcher sich das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nach der Forderung bestimmt.

§ 12.

Wie oben nachgewiesen, steht das R.G. in einigen seiner Entscheidungen auf dem Boden der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek. Diese Auffassung findet sich jedoch nicht in allen Entscheidungen, vielmehr nimmt das R.G. zuweilen eine Mittelstellung zwischen dieser und der in vorliegender Arbeit vertretenen Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek an. Es betont zwar immer, daß die Höchsthypothek sogleich mit ihrer Bestellung das Grundstück unbedingt belastet[75]), zieht jedoch daraus nicht die Konsequenz, die Höchstbetragshypothek nun auch entweder in der Person des Gläubigers oder des Eigentümers entstehen zu lassen, sondern sagt: „Infolge[76]) davon, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten ist, bleibt unbestimmt, wem die Höchstbetragshypothek zusteht." Ahsbahs[77]) nennt daher mit Recht diese Ansicht unlogisch. Diese Konstruktion — „die[78]) Theorie der hypothekarischen Anwaltschaft" — führt für die oben aufgeworfene Frage, wem die Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek zufällt, wenn die Feststellung der Forderung erst nach Konkurseröffnung erfolgt, zu dem gleichen Ergebnis, wie die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek. Denn da vor der Feststellung der Forderung nur eine in der Entstehung begriffene Eigentümerhypothek vorhanden ist, also auch hier die Eigentümerhypothek erst in diesem Zeitpunkte entsteht, so ist sie ein Neuerwerb des Gemeinschuldners, der pfandfrei ist, und infolgedessen nicht in die Konkursmasse fällt.

§ 13.

Im Verfolg dieser drei Theorien ergeben sich zwei verschieden von einander abgegrenzte Anwendungsgebiete der

[75]) Entsch. d. R.G., Bd. 49, S. 165; Bd. 52, S. 61.
[76]) Entsch. d. R.G., Bd. 49, S. 165.
[77]) A. a. O., S. 370.
[78]) Ahsbahs, a. a. O., S. 371.

Sätze eins und zwei des § 1163 Abs. 1. Es ist nämlich hier zu unterscheiden zwischen dem Nichtentstehen und dem Wiederuntergehen der Forderung. Gehen wir zuerst von den beiden Ansichten der Rechtsprechung aus, die im Ergebnis darin übereinstimmen, daß die Eigentümerhypothek erst dann entsteht, wenn und soweit sich bei der Feststellung der Forderung herausgestellt hat, daß der geschuldete Betrag unter dem eingetragenen Höchstbetrage geblieben ist, so kann vor diesem Zeitpunkte auch von dem Entstehen einer Eigentümerhypothek durch Erlöschen der ganzen Forderung oder eines Teils von ihr nicht die Rede sein, weil erst von dann ab feststeht, daß nicht an Stelle der weggefallenen Forderungen neue getreten sind. Die Anwendung des § 1163 S. 2 ist daher erst möglich, nachdem die endgiltige Feststellung der Forderung stattgefunden hat[79]). Zwischenzahlungen haben daher, solange noch neue Ansprüche aus dem durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Rechtsverhältnis entstehen können, nicht die Wirkung, daß im Sinne des § 1163 Abs. 1 S. 2 die der Hypothek zugrunde liegende Forderung zum Erlöschen gebracht wird. „Dagegen[80]) können sie allerdings bewirken, daß der andere in Satz 1 daselbst angeordnete Fall der Verwandelung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld eintritt, der Fall nämlich, daß zu einem bestimmten Betrage die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt."[81])

[79]) Entsch. d. R.G., Bd. 56, S. 325; vgl. ferner Biermann, § 1190, Anm. 2, S. 247.

[80]) Entsch. d. R.G., Bd. 56, S. 326.

[81]) In der Entscheidung v. 15. VI. 03 (Bd. 55, S. 222) ist das Reichsgericht der entgegengesetzten Meinung. Es führt hier aus, wenn es sich bei der Feststellung herausgestellt hat, daß der Gesamtbetrag der Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage geblieben ist, so „ist in Höhe des Überrestes die Forderung entweder nicht zur Entstehung gelangt, oder, wofern sie zur Entstehung gelangt war, wieder erloschen. Für beide Fälle greift § 1163, Abs. 1 ein, für den ersten indem er, wie oben ausgeführt (vgl. unten S. 35 f.) vorschreibt, daß die Hypothek regelmäßig dem Erwerber, unter dem sie zur Eintragung gelangte, zustehen soll, für den zweiten, indem er vorschreibt, daß sie der Eigentümer erwirbt, unter dem die Forderung erloschen ist." Hiernach gewinnt es den Anschein, als ob der 5. Zivilsenat des R.G., von dem diese und die eben erwähnte Entsch. v. 24. I. 1904 herrührt, vorübergehend anderer Ansicht gewesen ist.

Nach der von uns vertretenen Auffassung der Höchstbetragshypothek als ursprüngliche Eigentümerhypothek findet § 1163 Abs. 1 S. 1 nur dann Anwendung, wenn Forderungen, die den eingetragenen Höchstbetrag erreichen, überhaupt nicht entstanden sind. Erreicht daher der Gesamtbetrag der entstandenen Verpflichtungen den eingetragenen Höchstbetrag, so steht dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung eine Eigentümerhypothek bezw. Grundschuld nach § 1163 Abs. 1 S. 1 selbst dann nicht zu, wenn infolge der während des gesicherten Rechtsverhältnisses geleisteten Zahlungen der jeweilig geschuldete Betrag hinter dem Höchstbetrage zurückgeblieben ist, da in diesem Falle die Hypothek bereits einmal in voller Höhe zur Entstehung gelangt war[82]).

Ein Beispiel diene zur Erklärung dieser Sätze: Für die Kreditbank in X hat A im Januar 1907 eine Höchstbetragshypothek von 10 000 Mark an seinem Grundstück für alle Forderungen bestellt, welche sich für die Bank infolge der Einlösung von ihm ausgestellter Wechsel ergeben würden. Am 1. Februar honorierte die Bank den ersten Wechsel in Höhe von 2000 Mark. Bis dahin stand also nach dem oben Ausgeführten die Höchstbetragshypothek dem A als Grundschuld zu und verwandelte sich erst mit diesem Tage in Höhe von 2000 Mark in eine Gläubigerhypothek. Bis zum 1. Oktober gelangten aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse noch weitere Forderungen der Bank gegen A in Höhe von 7000 Mark zur Entstehung, sodaß sich jedesmal in der den eingelösten Wechseln entsprechenden Höhe die noch übrigbleibende Eigentümergrundschuld in eine der Bank zustehende Hypothek verwandelte. Am 1. Oktober bestand daher für A eine Eigentümergrundschuld von 1000 Mark. Wird auch noch in dieser Höhe ein von A begebener Wechsel von der Bank bezahlt, so ist ein Eigentümerpfandrecht des A nach § 1163, Ab. 1 S. 1 selbst dann nicht mehr vorhanden, wenn bei Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses infolge einer im Laufe der Zeit geleisteten Zahlung der geschuldete Betrag den eingetragenen Höchstbetrag nicht mehr erreicht. Zwischenzahlungen kommen im Gegensatz zu der von der

[82]) Derselben Ansicht Planck III, S. 715; Fuchs I, S. 621, 622.

Rechtsprechung vertretenen Ansicht für die Anwendung des § 1163 Abs. 1 S. 1 nicht in Betracht, wenn einmal der Höchstbetrag durch die zu sichernde Forderung erreicht war.

Nicht so einfach ist die Beantwortung der Frage, ob jede Zahlung während des Bestehens des durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Rechtsverhältnisses die Wirkung hat, daß zu dem gezahlten Betrage gemäß § 1162 Abs. 1 S. 2 eine Eigentümerhypothek entsteht.

Nehmen wir in dem oben aufgestellten Beispiel folgenden Fall an: Am 1. Juni betrugen die Forderungen der Bank 14 000 Mark, und A zahlte am 2. Juni 5000 Mark und am 5. Juni nochmals 5000 Mark. Wollte man nun sagen, daß A in Höhe des ganzen bezahlten Betrages eine Eigentümergrundschuld erwirbt, so würde die Bank für ihr noch bestehendes Guthaben von 4000 Mark jegliche Sicherheit verlieren. Dies widerspräche aber dem Zweck und dem Wesen der Höchstbetragshypothek, die für alle aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse sich ergebenden Forderungen Sicherheit gewähren soll. Zu einem ähnlich ungünstigen Resultat käme man auch, falls A in dem eben angenommenen Falle nur Zahlungen in der Höhe von 8000 Mark geleistet, und zu diesem Betrage eine Eigentümergrundschuld erworben hätte. Denn dann würden der Bank zur Sicherung ihrer nicht getilgten Forderung von 6000 Mark und ihrer später noch entstehenden Ansprüche nur eine Hypothek von 2000 Mark verbleiben. Im Gesetz findet sich eine diese Frage entscheidende Bestimmung nicht, jedoch lag bei der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches ein diesbezüglicher Antrag mit folgendem Wortlaute vor: „Erlischt[83]) die Forderung teilweise oder verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek für einen Teil der Forderung, so treten die in den § 1092, 1093b, 1093c, 1093c[1] Abs. 1 bestimmten Vorschriften — das sind die Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht — nur insoweit ein, als der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht." Zur Begründung dieses Antrages wurde folgendes geltend gemacht: Aus dem Wesen der Höchst-

[83]) Sitzungsprotokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entw. eines B.G.B. III, 3, S. 4668.

betragshypothek ergibt es sich, daß das belastete Grundstück für jeden Teil der Forderung bis zum Höchstbetrage haftet. Erlischt also eine Forderung teilweise, so ist damit die Hypothek zu dem dementsprechenden Teil nicht erledigt, „sondern[84]) sie besteht in gleicher Weise fort, wie wenn der erloschene Teil der Forderung niemals bestanden hätte." Die Folge davon ist, daß der Eigentümer, falls er zugleich persönlicher Schuldner ist, und den Gläubiger teilweise befriedigt, nur insoweit eine Eigentümergrundschuld erwirbt, als der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht. „Ist die Kautionshypothek für alle Forderungen bestellt, die aus einem gewissen Rechtsverhältnisse entstehen, und wird der Gläubiger wegen eines dieser Forderungen vor dem Abschluß des Rechtsverhältnisses vom Eigentümer befriedigt, so bleibt die Entscheidung, ob und zu welchem Betrage durch die Teilbefriedigung eine Eigentümerhypothek entsteht, solange in der Schwebe, bis nach Beendigung des Rechtsverhältnisses feststeht, ob die aus demselben entstandenen Forderungen den Höchstbetrag der Hypothek erreichen oder nicht."

Die sachliche Richtigkeit sowohl des oben wiedergegebenen Ergänzungsabsatzes zu § 1129 — jetzt § 1190 — als auch der ihn begründenden Ausführungen wurde von der Kommission einstimmig anerkannt. Die Aufnahme dieser Bestimmung wurde jedoch abgelehnt, weil es sich in ihr nur darum handele, die sich aus der Natur der Höchstbetragshypothek ergebenden Folgerungen zu ziehen[85]).

Da wie schon oben S. 10 gesagt, der § 1129 des Entwurfs inhaltlich mit dem § 1190 des B.G.B. vollständig übereinstimmt, so ist kein Grund vorhanden, diese von der Kommission entwickelten Grundsätze auf die Höchstbetragshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht anzuwenden.

Kehren wir also zu unseren beiden Beispielen zurück, so würde in dem ersten Falle A am 2. Juni durch Zahlung von 5000 Mark eine Eigentümergrundschuld von 1000 Mark erworben haben, weil nur in dieser Höhe der Rest der Forderung von 9000 Mark unter dem eingetragenen Höchstbetrage

[84]) A. a. O., S. 4672.

[85]) A. a. O., S. 4674.

bleibt. Bei der Zahlung von weiteren 5000 Mark am 5. Juni vergrößert sich jetzt seine Eigentümergrundschuld um 5000 Mk. weil der von dem Höchstbetrage verbleibende Rest von 4000 Mark noch den Rest der Forderungen deckt, sodaß eine Eigentümergrundschuld des A in Höhe von 6000 Mark besteht. Im zweiten Falle würde A entsprechend dem eben Gesagten durch Zahlung von 8000 Mark eine Eigentümergrundschuld von 4000 Mark erworben haben; in beiden Fällen jedoch nur unter der Bedingung, daß nicht weitere Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse entstehen.

Es ist daher sehr leicht möglich, daß die Höchstbetragshypothek zum Teil wegen Nichtentstehens, zum Teil wegen Erlöschens einer zu sichernden Forderung Eigentümerpfandrecht ist, denn in der Höhe, in welcher niemals eine Forderung zu sichern war, bleibt die Höchstbetragshypothek dem Eigentümer; soweit dagegen eine Forderung entstanden und wieder untergegangen ist, erwirbt der Eigentümer die Hypothek[86]). Eine definitive Entscheidung, ob und inwieweit dem Eigentümer die Hypothek noch zusteht, oder in welcher Höhe er sie erworben hat, kann jedoch erst dann erfolgen, wenn nach Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses der Betrag der ganzen Forderung festgestellt ist. „Die Feststellung des Schlußguthabens schafft also nicht das Eigentümerpfandrecht, sondern fixiert nur seine Höhe[87])."

§ 14.

Mit dieser Feststellung löst sich auch eine Frage von selbst, deren Beantwortung Schwierigkeiten macht, wenn man, wie die Rechtsprechung davon ausgeht, daß die Höchstbetragshypothek von ihrer Feststellung an dem Gläubiger zusteht, nämlich die, wem nach erfolgter Feststellung die Höchstbetragshypothek in Höhe des Überschusses zusteht, wenn während der Dauer des gesicherten Rechtsverhältnisses der Eigentümer des belasteten Grundstücks gewechselt hat. In der Rechtsprechung sind betreffs dieser Frage zwei Meinungen vorhanden, und zwar sprechen die einen die ent-

[86]) Vgl. dazu Entsch. d. R.G., Bd. 25, S. 222, und oben S. 62, Anm. 15.

[87]) Bruck, S, 183.

standene Eigentümerhypothek dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek, die anderen dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung der Forderung zu.

Das Reichsgericht[88]) folgt der ersteren Ansicht, indem es sie damit begründet, daß die Feststellung etwas mehr oder weniger Zufälliges sei. Es müsse daher nicht die Zeit der Feststellung, sondern die festgestellte Tatsache selbst, daß nämlich die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, das Maßgebende für die Bestimmung desjenigen Eigentümers sein, dem die Hypothek zusteht. Dies führe aber auf den Eigentümer zur Zeit der Eintragung.

Dem Reichsgericht ist darin zuzustimmen, daß nicht der Zeitpunkt der Feststellung als das Entscheidende betrachtet werden müsse, sondern die festgestellte Tatsache, daß eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei. Jedoch ist das Reichsgericht inkonsequent, wenn es fortfährt: „Und dies führt auf denjenigen Eigentümer, der es war, als die Hypothek eingetragen wurde." Denn geht man grundsätzlich, wie das R.G., von der Ansicht aus, daß erst die Beendigung des Rechtsverhältnisses die Eigentümerhypothek entstehen läßt, so führt die festgestellte Tatsache, daß eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, nicht auf den Eigentümer zur Zeit der Eintragung, sondern auf den Eigentümer zurück, der es war, als das gesicherte Rechtsverhältnis tatsächlich beendet wurde. Stellt man sich also auf den Standpunkt, daß die Höchstbetragshypothek von Anfang an Gläubigerhypothek sei, so muß man, falls das Eigentum des belasteten Grundstücks gewechselt hat, logischerweise die Eigentümerhypothek dem Eigentümer zur Zeit der Beendigung des Rechtsverhältnisses und nicht dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung der Hypothek zusprechen[89]).

Mit dieser Schlußfolgerung stimmt im Ergebnis das O.L.G. Dresden in seinem Urteil vom 5. XII. 1902 überein. Jedoch nicht infolge der eben angeführten Gründe, sondern deshalb, „weil[90]) die Entstehungsgeschichte der §§ 14 und 50,

[88]) Entsch. d. R.G., Bd. 55, S. 217.

[89]) Derselben Ansicht Ahsbahs, a. a. O., S. 394.

[90]) Rechtsprech. d. O.L.G., Bd. IV, S. 377; Bd. V, 344; Zentrafbl. III, S. 756.

Z.V.G. einerseits und des § 1163 B.G.B. andererseits lehre, wie Reinhard im Recht 1902, S. 32 ff. unter III ausführlich dargelegt habe, daß der nicht valutierte Teil einer Höchstbetragshypothek nach der vorbehaltenen Feststellung der Forderung im Sinne des §1190 nicht dem Besteller der Hypothek als solchem, sondern demjenigen Eigentümer des Grundstücks (als Grundschuld) zufalle, dem das Grundstück zur Zeit der Umwandlung gehöre." Reinhard geht davon aus, daß die Höchstbetragshypothek zu den bedingten Rechten der §§ 14, 50[91]) Abs. 2 Nr. 1 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 27. III. 1897 gehöre. Da nun der § 14 Z.V.G. lautet: „Ansprüche von unbestimmtem Betrage gelten als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages," so ist Reinhard also der Meinung, daß der Anspruch aus der Höchstbetragshypothek, d. h. das Recht auf Zahlung aus dem Grundstücke auf Grund der Höchstbetragshypothek, unbestimmt ist. Dies ist aber nicht richtig[92]). Vielmehr ist der Gesamtbetrag des Anspruchs bei der Höchstbetragshypothek stets bestimmt und daher auch die Höchstbetragshypothek stets eine bestimmte resp. unbedingte. Denn der Anspruch auf Zahlung aus dem Grundstück besteht bis zu dem eingetragenen Höchstbetrage, nur ist der Anspruchsanteil des Eigentümers und des Gläubigers vor der Feststellung der Forderung unbestimmt.

Ebenso ist die Annahme irrig, daß der Anspruch aus der Höchstbetragshypothek zu den bedingten Rechten des Abs. 2 Nr. 1 § 50 Z.V.G. gehöre. Denn hier ist mit bedingten Rechten die in Abs. 1 genannte Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, also das dingliche Recht gemeint. Dieses ist aber, wie eben gezeigt, unbedingt. Die Höchstbetragshypothek besteht bis zu dem eingetragenen Höchstbetrage und zwar entweder im vollen Umfange als Gläubigerhypothek oder als Eigentümergrundschuld, oder zum Teil als erstere und zum Teil als letztere.

[91]) Ders. Ansicht: Schreiber im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß, Bd. XIII, S. 335; O.L.G. Dresden in seinem Urteil v. 25. VI. 01 (Annalen des Königl. Sächs. O.L.G. in Dresden, Bd. 22, S. 176), Kretzschmar, Zentralbl., Bd. IV, S. 196.

[92]) Vgl. Lafrenz, in Gruchot Beitr., Bd. 46, S. 335 f.; Jäckel, im Zentralblatt, Bd. IV, S. 283 f.

Die entgegengesetzte Ansicht findet auch in der Entstehungsgeschichte des § 50 Z.V.G. keine mittelbare Unterstützung. Denn Reinhard berücksichtigt nicht die Umwandlung, welche sich mit der Sicherungshypothek des Entwurfes I im Entwurf II vollzogen hat. Der Entwurf I schloß für die Sicherungshypothek im Falle des Erlöschens der Forderung die Eigentümerhypothek aus; es ging demnach beim Erlöschen der Forderung auch die Hypothek unter. Die Sicherungshypothek war also eine bedingte Hypothek. Infolgedessen fand auf sie auch die Bestimmung des § 71 — jetzt § 50 — Satz 2 Entwurf I Z.V.G. Anwendung: „Im Sinne dieser Vorschrift gilt eine Hypothek für eine Forderung von unbestimmtem Betrage als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages." Wenn nun der Entwurf II des Z.V.G. diesen Satz weggelassen hat und er auch in § 50 unseres heutigen Gesetzes nicht aufgenommen worden ist, so hat dies seinen Grund in der Änderung, welche die Rechtsnatur der Sicherungshypothek erfahren hat. Denn im Entwurf II des B.G.B.[93]) (§ 1093) wurden die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auch für die Sicherungshypothek zugelassen[94]), und damit verwandelte sich diese in eine unbedingte Hypothek.

Da also weder der § 14 noch der § 50 des Z.V.G. auf die Sicherungshypothek des B.G.B. Anwendung findet[95]), so kann auch aus ihnen bezw. ihren Entstehungsgeschichten nicht folgen, daß der nichtvalutierte Teil der Höchstbetragshypothek dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung der Forderung und nicht dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek zusteht.

Ebensowenig läßt sich der Nachweis für dieses Ergebnis aus der Entstehungsgeschichte des § 1163 des B.G.B. erbringen. Reinhard sagt mit Recht, daß es sich aus ihr „nachweisen[96]) läßt, daß das Gesetz im Falle des § 1163 B.G.B. unter dem Eigentümer denjenigen versteht, welchem das Grundstück

---

[93]) Sitzungsprotokolle der Kommission für die 2. Lesung d. Entw. eines B.G.B. III, 3. S. 4663.

[94]) Vgl. Anm. 15 oben, S. 10.

[95]) Ders. Ansicht Planck III, S. 715, und Fuchs, Anm. 14, S. 622 u. 623.

[96]) Reinhard, a. a. O., S. 32.

in dem Zeitpunkte gehört, wo die Voraussetzung für die Entstehung der Eigentümergrundschuld eintritt." Er geht jedoch von der wie in vorliegender Arbeit nachgewiesen, irrigen Ansicht aus, daß sich der nicht valutierte Teil der Höchstbetragshypothek erst mit der endgiltigen Feststellung in eine Eigentümergrundschuld verwandelt und kommt daher zu dem aus dieser Meinung sich mit logischer Notwendigkeit ergebenden Resultat, daß das Eigentümerpfandrecht stets dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung der Forderung zustehe. In den Protokollen[97]), auf die sich Reinhard beruft, ist gesagt, daß die Hypothek beim Erlöschen der Forderung auf den Eigentümer übergehen soll. Eine Erörterung darüber, ob die Hypothek dem bisherigen persönlichen Schuldner oder dem ursprünglichen Besteller zufallen müsse, erübrigte sich deshalb, weil in allen Anträgen derjenige Eigentümer gemeint ist, der es zur Zeit des Entstehens der Eigentümergrundschuld gewesen ist. Sind also Forderungen bis zu dem eingetragenen Höchstbetrage nicht entstanden, so steht, auch falls die Feststellung der Forderung unter einem neuen Eigentümer stattfindet, der nicht valutierte Teil der Höchstbetragshypothek dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zu, da die Eigentümergrundschuld von Anfang an vorhanden ist und sich nur nicht vollständig in eine Gläubigerhypothek verwandelt hat. Ist dagegen ein Eigentümerpfandrecht durch Erlöschen einer Forderung entstanden, so hat dieses derjenige Eigentümer erworben, der es war, als die Forderung erlosch.

Wollte man der Ansicht Reinhards folgen und die Eigentümergrundschuld immer dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung der Forderung zusprechen, so würde dieser zum Nachteile des früheren Eigentümers ungerechtfertigterweise bereichert sein, sofern nicht eine Übernahme der Hypothek erfolgt ist, welche an und für sich vom praktischen Gesichtspunkte aus betrachtet durchaus zu empfehlen wäre. Denn letzterer hat von dem Gläubiger eine Valuta nicht empfangen[98]); bei der Veräußerung des Grundstücks wird er aber auch in der Regel von dem Erwerber eine Valuta nicht erhalten,

[97]) Sitzungsprotokolle der Kommission f. d. 2. Lesung III, 3. S. 4777.

[98]) Vgl. Oberneck, in Gruchot Beitr., Bd. 47, S. 330 ff.

weil dieser die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt und daher von diesem den in der Hypothek enthaltenen Wert abzieht. Es würde also, wenn die Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses und die Feststellung, daß der Gesamtbetrag der Forderungen den Höchstbetrag nicht erreicht, in die Besitzzeit des neuen Eigentümers fiele, der frühere um diesen Wert geschädigt sein, während letzterer um den nicht gezahlten entsprechenden Kaufpreis bereichert sein würde. Dies Ergebnis ist ein wichtiger praktischer Gesichtspunkt, der für die Richtigkeit der in vorliegender Arbeit vertretenen Ansicht spricht, daß die Höchstbetragshypothek, wie jede andere Hypothek, bei ihrer Bestellung dem Eigentümer als Eigentümerhypothek bezw. Grundschuld zusteht.

Als Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen ist festzustellen, daß sich das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek folgendermaßen gestaltet: Die Höchstbetragshypothek steht, wie jede andere Hypothek, von Anfang an dem Eigentümer zu und verbleibt dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung insoweit, als bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses und der endgiltigen Feststellung der etwaigen Forderungen eine zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. 1 S. 1 B.G.B.). Nach § 1163 Abs. 1 S. 2 erwirbt der derzeitige Eigentümer durch Erlöschen einer Forderung eine Eigentümerhypothek bezw. Grundschuld in Höhe der untergegangenen Forderung nur unter der Bedingung, daß der übrigbleibende Betrag die noch bestehenden oder später entstehenden Forderungen, zu deren Sicherung sie eingetragen ist, deckt[99]).

Ist beim Eigentumswechsel des belasteten Grundstücks die Höchstbetragshypothek nicht in voller Höhe valutiert gewesen, und gelangen während der Besitzzeit des neuen Eigentümers weitere Forderungen zur Entstehung, so verliert der frühere Eigentümer seine Hypothek und erlangt sie selbst beim Erlöschen der Forderung nicht wieder. Vielmehr ist der neue Eigentümer, zu dessen Gunsten wegen Unterganges der Forderung jetzt ein Eigentümerpfandrecht entstanden ist, lediglich obligatorisch zum Ausgleich verpflichtet.

[99]) Ders. Ansicht z. B. Staudinger III, § 1190, Anm. 5a, S. 282.

§ 15.

Von diesen im Vorgehenden entwickelten Grundsätzen wird man mit Planck[100]), Fuchs und Bruck dann eine Ausnahme machen, wenn lediglich der Saldo des Rechnungsabschlusses nach dem Willen des Gläubigers und des Schuldners die alleinige Forderung des einen oder des anderen bilden soll, wie beim Kontokurrentverkehr.

Das Besondere des Kontokurrentverkehrs liegt darin, daß Zwischenzahlungen nicht wie sonst die Forderung zum Erlöschen bringen und damit den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer bewirken, sondern daß sich erst beim Rechnungsabschluß und der Feststellung des Saldos ergibt, in welcher Höhe die Hypothek nicht valutiert ist und daher dem Eigentümer wegen Nichtentstandensein der Forderung zusteht.

Während beim Nichtvorliegen eines Kontokurrentvertrages in dem Falle, in welchem die zu sichernden Forderungen des Gläubigers zeitweilig den Höchstbetrag erreicht oder überschritten haben, der Eigentümer durch Zahlungen auf die Forderung die Hypothek nur nach Satz 2, also wegen Erlöschens der Forderung, erwirbt, hat beim Kontokurrentverhältnis das zeitweilige Erreichtwerden des Höchstbetrages durch Forderungen keinerlei Einfluß, wenn beim Rechnungsabschluß festgestellt wird, daß das Schlußguthaben des Gläubigers unter dem Höchstbetrage zurückbleibt. Der freibleibende Teil der Hypothek ist — nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 — wegen Nichtentstandenseins der Forderung dem Eigentümer geblieben.

§ 16.

Am Schluß dieses Abschnittes muß noch auf eine Frage eingegangen werden, die in der Rechtsprechung behandelt, aber von ihr nicht übereinstimmend entschieden worden ist. Strittig ist, welche Bedeutung der Feststellung der Forderung für die Höchstbetragshypothek selbst beizumessen ist, oder

[100]) Planck III, S. 717; Fuchs I, S. 621; Bruck, S. 181 ff.

mit anderen Worten: Welchen Einfluß hat die Feststellung der Forderung auf den Umfang der durch sie festgestellten Eigentümerhypothek? Das O.L.G. Dresden sieht in seiner schon oben angeführten Entscheidung vom 5. XII. 1902[101]) in der definitiven Feststellung zwischen den Beteiligten, daß das Guthaben den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreicht, noch keine genügende Grundlage für die Abschätzung des Betrages, zu welchem die Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangt ist, „dafern nicht gleichzeitig vertragsmäßig die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine verzinsliche Verkehrshypothek oder gewöhnliche Sicherungshypothek vorgenommen wird." Denn solange nicht die ganze Forderung getilgt sei, bestehe noch die Möglichkeit des Zuwachses an Zinsen, da gemäß § 1190 Abs. 2 B.G.B. die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Ebenso führt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 15. VI. 1903[102]) aus: „Aber selbst wenn das Grundverhältnis sein Ende erreicht hat, neue Ansprüche aus ihm nicht mehr entstehen können, so würde die bloße Berechnung und Feststellung der Höhe der entstandenen Ansprüche nicht ausreichen, wenigstens dann nicht, wenn der Gläubiger von seinem Guthaben Zinsen zu beanspruchen hat, für welche die Hypothek mit haftet." Anderer Meinung ist das Landgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 16. XI. 1901[103]). Seiner Ansicht nach ist von dem Wesen der Höchstbetragshypothek auszugehen. Da dasselbe darin begründet ist, daß nur der Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird, so verwandelt sich die Höchstbetragshypothek, sobald der Vorbehalt wegfällt, nämlich mit dem Augenblick der Feststellung der Forderung, in eine Sicherungshypothek mit festem Betrage.

Bei der Untersuchung, welche dieser beiden Ansichten die richtige ist, ist, wie das Landgericht Düsseldorf gesagt hat, von der rechtlichen Natur der Höchstbetragshypothek auszugehen. Zu ihren gesetzlichen Merkmalen gehört einmal

[101]) Zentralbl. III, S. 756.

[102]) Entsch. d. R.G., Bd. 55, S. 221.

[103]) Deutsche Jur.-Ztg., 1902, S. 228.

der Vorbehalt der Feststellung der Forderung, zweitens die Eintragung des Höchstbetrages, bis zu welchem das Grundstück haften soll, und drittens ihr Charakter als notwendige Sicherungshypothek. Findet nun nach Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses die Feststellung des Betrages der entstandenen Forderungen statt, so wird die Höchstbetragshypothek damit eines ihrer Begriffselemente entkleidet. Eine Höchstbetragshypothek ist daher nicht mehr vorhanden. Es fragt sich nur, ist sie mit diesem Augenblick eine Verkehrshypothek oder eine Sicherungshypothek geworden?

Eine Verkehrshypothek kann deshalb nicht entstanden sein, weil der Charakter der früheren Höchstbetragshypothek als Sicherungshypothek erhalten bleibt[104]).

Das zweite noch bestehenbleibende Begriffsmerkmal der Höchstbetragshypothek ist der eingetragene Höchstbetrag. Nimmt man nun an, bei der Feststellung der Forderung stelle sich heraus, daß der Gesamtbetrag der Forderungen dem eingetragenen Höchstbetrage gleichkomme, so unterscheidet sich diese Grundbucheintragung in nichts von der bei jeder Hypothek nach § 1115 erforderlichen Angabe des Forderungsbetrages. Das Wesen der nach Feststellung der Forderung entstandenen Hypothek stimmt daher in diesem Falle vollständig mit dem der Sicherungshypothek des B.G.B. überein. Hat sich dagegen bei der Feststellung ergeben, daß der Gesamtbetrag der Forderungen unter dem Höchstbetrage zurückgeblieben ist, so ist eine Hypothek mit dem Charakter einer Sicherungshypothek entstanden, bei der die Höhe der zugrunde liegenden Forderung mit der Eintragung im Grundbuch nicht übereinstimmt. Dieser Umstand steht aber nicht im Widerspruch mit dem Wesen der Sicherungshypothek; vielmehr folgt aus ihm nur, daß Gläubiger und Schuldner wechselseitig verpflichtet sind, gemäß § 894 die Berichtigung des Grundbuches durch Eintragung des festgestellten Betrages zu bewilligen. „Mit Feststellung der Forderung verwandelt sich also," wie das Landgericht Düsseldorf in der erwähnten Ent-

[104]) Ders. Ansicht R.G., Bd. 49, S. 165: „sie bleibt, was sie war: eine Sicherungshypothek." A. M. Biermann, § 1190, Anm. 4, S. 247; Hachenburg, Vorträge, S. 600.

scheidung ausspricht, „die Höchstbetragshypothek von selbst in eine Sicherungshypothek von festem Betrage[105]).“

Gegen dieses Ergebnis wäre noch folgendes Bedenken möglich[106]): Die durch das Untergehen der Höchstbetragshypothek entstandene Hypothek könne deshalb keine Sicherungshypothek sein, weil letztere nach § 1184 Abs. 2 im Grundbuch als solche bezeichnet sein muß. Dem ist entgegenzuhalten, daß im vorliegenden Falle eine besondere Bezeichnung als Sicherungshypothek im Grundbuch deshalb nicht nötig ist, weil sich aus dem zur Kennzeichnung der Höchstbetragshypothek notwendigen Eintragungsvermerk gemäß § 1190 Abs. 3 von selbst ergibt, daß eine Sicherungshypothek vorliegt.

Dem R.G. und dem O.L.G. Dresden ist daher nicht zuzustimmen, wenn sie in der Feststellung zwischen den Beteiligten, daß das Guthaben den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreicht, noch keine genügende Grundlage für die Abschätzung des Umfanges sehen, in welchem die Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangt ist. Denn da sich, wie oben festgestellt, die Höchstbetragshypothek mit der Feststellung in eine Sicherungshypothek mit feststehendem Betrage verwandelt, so ist von diesem Zeitpunkte ab die Anwendung des Abs. 2 des § 1190 — die Zinsen werden in den Höchstbetrag eingerechnet — ausgeschlossen. Die Höhe des Eigentümerpfandrechts ist also nach der Feststellung der Forderung Schwankungen nicht mehr unterworfen.

§ 17.

Bis jetzt sind nur die Fälle behandelt worden, in denen eine Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek nach § 1163 Abs. 1 S. 1 und 2 entstanden ist. Damit sind aber die Möglichkeiten für die Entstehung einer Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek nicht abgeschlossen;

[105]) Ders. Ansicht Kober, in Blätter f. Rechtsanwendung, Bd. 70, S. 285; a. M. Fuchs, S. 625.

[106]) Vgl. Hoffmann, Die Besonderheiten der Höchstbetragshypothek nach dem B.G.B., Diss. Leipzig 1904, S. 20.

vielmehr kommt der § 1168 und infolgedessen auch § 1169[107]) B.G.B. noch in Betracht.

In § 1168 ist bestimmt, daß, wenn der Gläubiger auf die Hypothek — also hier auf die Höchstbetragshypothek — verzichtet, dieselbe vom Eigentümer erworben wird. Außer dem Verzicht — der einseitigen Willenserklärung, die gegenüber dem Eigentumer oder dem Grundbuchamt abzugeben ist — ist die Eintragung ins Grundbuch Voraussetzung für das Entstehen des Eigentümerpfandrechts. Die sonst für Löschungen von Belastungen nach § 27 G.B.O. erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers ist hier unnötig, da, wie in den Protokollen[108]) gesagt ist, seine Rechtslage nicht verschlechtert, sondern verbessert wird. Verzichtet der Gläubiger nur auf einen Teil der Höchstbetragshypothek, so erwirbt der Eigentümer nur in Ansehung dieses Teiles eine Eigentümerhypothek, jedoch darf er sie gemäß § 1175 nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend machen.

Eine weitere[109]) Ausgestaltung des in § 1168 zum Ausdruck gebrachten Gedankens findet sich in § 1169 des B.G.B. Seine Anwendung auf die Höchstbetragshypothek ergibt, daß der Eigentümer, falls ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek ausgeschlossen wird, verlangen kann, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Voraussetzung für den Anspruch des Eigentümers ist demnach das Vorhandensein einer sogenannten peremtorischen Einrede, d. h. das Vorliegen von Tatumständen, welche die Befugnis gewähren, die Leistung dauernd zu verweigern[110]). Leistet der Gläubiger die verlangte Verzichtserklärung nicht, so steht dem Eigentümer die Klage nach § 1004 B.G.B. zu. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt dann gemäß § 894 Z.P.O. der Verzicht als abgegeben. Wird die Verzichtserklärung freiwillig abgegeben oder durch die rechtskräftige Verur-

[107]) Vgl. Entsch. in Angelegenheit d. freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. V, S. 270 f. (K.G. v. 16. II. 1905).

[108]) Prot. d. Kommission f. d. 2. Lesung, Bd. III, S. 603.

[109]) Vgl. Bruck, S. 188.

[110]) Die Einrede der Verjährung und der beschränkten Erbenhaftung scheiden nach den §§ 223 Abs. 1 und 1137 Abs. 1 B.G.B. aus.

teilung ersetzt, so muß in jedem Falle zur Entstehung des Eigentümerpfandrechts noch die Eintragung ins Grundbuch hinzukommen.

Nachdem wir in den bisherigen Ausführungen die Entstehungsmöglichkeiten und vor allem die Streitfrage bezüglich des Zeitpunktes behandelt haben, wann die Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek entsteht, macht die Beantwortung der im Anfange der Arbeit aufgeworfenen Frage keine Schwierigkeiten mehr. Es handelte sich darum, ob die Eigentümerhypothek als Neuerwerb des Gemeinschuldners anzusehen ist, oder ob sie zur Konkursmasse gehört. Es ist nachgewiesen worden, daß das Eigentümerpfandrecht, wie bei jeder anderen Hypothek, so auch bei der Höchstbetragshypothek von Anfang an vorhanden ist und sich erst entsprechend den erwachsenden Verbindlichkeiten in eine Gläubigerhypothek verwandelt. Stellt sich daher bei der nach Konkurseröffnung stattfindenden Feststellung heraus, daß der Gesamtbetrag der entstandenen Forderungen hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurückbleibt, so ist die sich zu diesem Betrage ergebende Eigentümergrundschuld kein Neuerwerb des Gemeinschuldners, da sie schon vor Konkurseröffnung bestanden hat. Infolgedessen gehört sie zur Konkursmasse.

Vertritt man dagegen die andere Ansicht, daß die Höchstbetragshypothek sogleich mit ihrer Bestellung Gläubigerhypothek ist, und daß erst bei der definitiven Feststellung eine Eigentümergrundschuld in der Höhe entsteht, in welcher die bestehenden Forderungen unter dem eingetragenen Höchstbetrage geblieben sind, so ist das Eigentümerpfandrecht Neuerwerb des Gemeinschuldners und unterliegt infolgedessen dem Zugriffsrecht der ausgefallenen Gläubiger. Das R.G. kommt in seiner Entscheidung vom 15. VI. 1903 zu dem entgegengesetzten Ergebnis und begründet dies folgendermaßen[111]): „Wenn die ausfallenden Gläubiger bei der gewöhnlichen Hypothek keinen Anspruch auf denjenigen Betrag haben, in dessen Höhe sie nicht valutiert worden ist, dieser Betrag vielmehr bei der Verteilung des Versteigerungserlöses

[111]) Entsch. d. R.G., Bd. 55, S. 223.

dem Eigentümer, für den sich insoweit die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandelt hat, zuzuteilen ist, so läßt sich schlechterdings kein Grund finden, weshalb dies bei der Höchstbetragshypothek anders sein solle." Diese Schlußfolgerung wäre richtig, wenn das Reichsgericht davon ausginge, daß eine Ausnahme von der gewöhnlichen Hypothek auch bezüglich der Entstehung des Eigentümerpfandrechts bei der Höchstbetragshypothek nicht zu machen sei. Wenn man aber, wie das Reichsgericht, das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek — im Gegensatz zur gewöhnlichen Hypothek — erst mit der Feststellung der Forderung entstehen läßt, so gehört, falls die Feststellung nach Konkurseröffnung stattfindet, die Eigentümerhypothek bezw. Grundschuld, wie oben gezeigt, nicht zur Konkursmasse, sondern die ausfallenden Gläubiger haben auf sie Anspruch.

Lebenslauf.

Am 2. Juni 1884 wurde ich, Walther Braun, zu Ratibor (Oberschl.) als Sohn des Fabrikbesitzers Leo Braun und seiner Ehefrau Frida geb. Burchardt, geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit. Den ersten Unterricht genoß ich im Elternhause und ein Jahr lang auf der Volksschule zu Ratibor. Ostern 1893 trat ich in das Königliche Gymnasium zu Ratibor ein, blieb dort bis Ostern 1901 und besuchte dann bis Ostern 1904 die Fürstenschule zu Pleß, die ich mit dem Reifezeugnis verließ. Hierauf studierte ich auf der Universität Breslau, wo ich am 30. April 1908 die erste juristische Prüfung und am 7. Mai desselben Jahres das examen rigorosum bestand. Ich besuchte die Vorlesungen, Übungen und Seminare der Herren Professoren: Fischer, Leonhard, Jörs, Dahn, Gretener, Heilborn, Engelmann, Klingmüller, Meyer, Brie, Sombart, Wolf.

Zu meiner Ausbildung wurde ich dem Königlichen Amtsgericht in Wohlau überwiesen.